

Juizados Especiais da Fazenda Pública – Questões para reflexão

Eurípedes Gomes Faim Filho¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

RESUMO: Este estudo pretende analisar algumas questões relativas aos Juizados Especiais da Fazenda Pública criados pela Lei 12.153/2009 as quais seriam cruciais para a sua aplicação prática, tais como a participação de advogado, a indisponibilidade do interesse público e questões de ordem processual.

PALAVRAS CHAVE: Juizados Especiais da Fazenda Pública; Lei 12.153/2009; advogado; interesse público; questões processuais.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da impossibilidade de dispensa de advogado. 2. Da indisponibilidade do interesse público. 3. Implicações processuais do princípio da indisponibilidade nos juizados fazendários. 3.1 Audiência prévia de conciliação. 3.2 Revelia. 3.3 Confissão. 3.4 Presunções fictas. 3.5 Inversões do ônus da prova. 4. Outras questões. 4.1. Rito. 4.1.1 Da existência ou não de opção. 4.1.2 Dos processos em curso quando do início da vigência da lei nº 12.153/2009 – do princípio da reserva legal. 4.2. Valor além do permitido e complexidade. 4.3. Custas iniciais e despesas processuais. 4.4. Citação. 4.5. Conciliadores e juízes leigos. 4.6. Uniformização de jurisprudência. 4.7. Aplicação de legislação subsidiária. Conclusões.

Introdução

O presente texto é um estudo breve dos Juizados Especiais da Fazenda Pública criados pela Lei 12.153/2009, com o objetivo de suscitar debates os quais fornecerão subsídios básicos para a aplicação da lei.

Evidentemente que esse estudo não tem nenhuma pretensão de esgotar tão vasto e complexo assunto. Aqui apresentamos apenas questões que surgiram quando o autor do presente se reuniu com sua equipe² para estudar o tema, tendo como base a brilhante apresentação na Apamagis do magistrado Ricardo Chimenti, referência nacional em termos de Juizado, a quem prestamos mais do que merecidas homenagens.³

1 Titular da Vara da Fazenda Pública de São Vicente. Magistrado paulista desde 1989. Doutorando e mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo. Professor de Direito, por enquanto não em atividade, mas tendo trabalhado na UNESP, UNISANTOS e outras, de 1988 até 2008.

2 Assumindo integral responsabilidade pelo aqui escrito, agradeço em especial ao senhor Alexandre de Alencar Torre e à senhora Suely Christina Crocco Diniz pela sua inestimável ajuda e às seguintes pessoas pela sua preciosa participação: Paulo Sérgio Ferreira Costa, Márcia Regina Dias Angelini, Samia Regina de Oliveira, Ana Maria Torres Zuccolan, Luciana Dorez Galan e Paula Andressa Fernandes Benette. Finalmente, mas não menos importante, agradeço ao Eminentíssimo Magistrado e douto processualista Marco Antônio Barbosa de Freitas pela ajuda recebida.

3 <http://www.apamagis.com.br/videos/download.php>. Acesso no dia 13 de agosto de 2010.

Assim, esperamos dar uma pequena colaboração para o esclarecimento da lei e sua aplicação cada vez melhor com o aperfeiçoamento dessas e outras ideias, o qual será feito pelos seus aplicadores e estudiosos.

1. Da impossibilidade de dispensa de advogado

José Hermano Saraiva conta, em sua pequena e ao mesmo tempo profunda obra,⁴ que desde o princípio da monarquia portuguesa havia advogados, então denominados vozeiros, pois emprestavam sua voz àqueles que não sabiam se expressar perante os juízes.

Narra ele que o problema apareceu quando surgiram as universidades, as quais passaram a ensinar Direito e os vozeiros viraram verdadeiros advogados, sabendo da lei e dos processos. Então o rei D. Pedro, o justiceiro, entendeu que isso era prolongar os processos com malícia e puniu de morte o exercício da advocacia.

Mas, em 1361, o povo protestou nas cortes e os reis que se seguiram foram servidos por grandes juristas. Mais tarde, em 1443, outro D. Pedro, o infante, disse “que da universidade saíram muitos letrados ‘que lhe prestaram [a D. João I] grandes serviços por seu claro saber e alumiaram os escuros entendimentos de muitos’” e acrescentou: “Os tiranos destruidores das coisas públicas aborrecem os sabedores”. Daí para frente não apenas os advogados foram permitidos, mas uma nova universidade esse D. Pedro mandou criar.

Longo tempo se passou até que a Constituição brasileira de 1988, denominada “cidadã”, assim estabeleceu: “Art. 133. **O advogado é indispensável à administração da justiça**, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” (grifo nosso)

Essa exigência é um corolário de direitos e garantias individuais previstas na mesma Carta no seu artigo 5º, entre elas a garantia do contraditório e do devido processo legal.

Como se vê na obra coletiva de Ricardo Chimenti, no bojo do princípio do “devido processo legal” há várias outras garantias, tais como a garantia do contraditório, componente do mesmo:

*a) Processo: instrumento pelo qual a jurisdição atua. Jurisdição é a função do Estado mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, **imparcialmente**, buscar a pacificação do conflito que os envolve. [...] Em linhas gerais, processo é o meio pelo qual a jurisdição atua, seja ele entendido como relação jurídica processual, mais procedimento, seja ele entendido como um procedimento animado por um **contraditório**. Mas não basta que o cidadão tenha direito ao processo; é inafastável que tenha **direito à regularidade desse processo**.⁵ (grifo nosso)*

Os mesmos mestres ensinam a respeito da imparcialidade quando tratam da advocacia:

4 *História Concisa de Portugal*. 24ª. Edição. Mem Martins: Europa-América, 2007, pág. 113/114.

5 CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 68/69.

Conforme já salientado, a inércia constitui um dos princípios da jurisdição. Como nos ensina Calamandrei, o juiz deve conservar (...) uma atitude estática, esperando sem impaciência e sem curiosidade que os outros o procurem e lhe proponham os problemas que há de resolver. A inércia, para o juiz, é garantia de imparcialidade, razão pela qual subsiste a velha máxima nemo iudex sine actore (não há juiz sem autor). Assim sendo, a advocacia destaca-se como função propulsora, pois, geralmente, é o advogado legalmente habilitado quem inicia os processos’.⁶ (grifo nosso)

Dessas lições aprende-se que o advogado é essencial à Justiça como parte da garantia do devido processo legal, pois quando o juiz oferece a inicial e julga o pedido por ele redigido certamente não será imparcial como é o que deseja a Constituição.

O ministro do STJ Luiz Fux reconheceu que a falta de advogado enfraquece a defesa da parte, propondo-se a exigir sua presença, inclusive nos juizados.⁷ Já Alexandre de Moraes reconhece a “defesa técnica” como parte do devido processo legal⁸, e Canotilho e Moreira falam em “advogado-amigo dos direitos fundamentais” e do “direito a não estar só e desarmado no processo”.⁹

Sábias as palavras do Desembargador Weiss de Andrade, as quais devem ser mencionadas:

O advogado não é somente por força do preceito constitucional indispensável à distribuição da Justiça. Ao advogado cabe o equacionamento do problema jurídico que lhe apresente o cliente. [...] O advogado é, ao lado do juiz, o criador do Direito, propondo soluções, formulando pedidos e levantando teses muitas vezes ousadas. [...] É sabido e conhecido o princípio de que o juiz não pode agir de ofício. Por esta razão é que a missão do advogado, pleiteando o direito, assume importância extraordinária perante a coletividade. Indiscutivelmente, o advogado é a peça-chave na estrutura, no sistema de distribuição da Justiça.¹⁰ (grifo nosso)

Já o Supremo Tribunal Federal decidiu que a exigência de advogado não significa negativa de jurisdição:

As garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do que preceitua o direito processual (art. 5º, XXXIV, a, e XXXV da CB/88).¹¹

6 Obra citada, pág. 453.

7 <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2175652/proposta-para-garantir-presenca-de-advogado-nos-juizados-e-apresentada-pela-oab>. Acesso no dia 13 de agosto de 2010.

8 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 7ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

9 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 1ª edição brasileira e 4ª edição portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 412.

10 *Revista Diálogos & Debates*. Escola Paulista da Magistratura. Ano 9, número 3, edição 35, março de 2009, pág. 19.

11 Supremo Tribunal Federal Pet 4.556-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-6-09, Plenário, DJE de 21-8-09.

*Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa não são absolutos e **hão de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria [...]**.*¹²

*A Constituição da República estabeleceu que o acesso à justiça e o direito de petição são direitos fundamentais (art. 5º, inc. XXXIV, alínea a, e XXXV), **porém estes não garantem a quem não tenha capacidade postulatória litigar em juízo, ou seja, é vedado o exercício do direito de ação sem a presença de um advogado, considerado 'indispensável à administração da justiça'** (art. 133 da Constituição da República e art. 1º da Lei nº 8.906/94), **com as ressalvas legais.** (...) Incluem-se, ainda, no **rol das exceções**, as ações protocoladas nos juizados especiais cíveis, nas causas de valor até vinte salários mínimos (art. 9º da Lei nº 9.099/95) e as ações trabalhistas (art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho), não fazendo parte dessa **situação privilegiada** a ação popular.¹³ (grifo nosso)*

O caráter excepcional de tal permissão foi muito bem ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo possível criar-se exceções de forma implícita:

*[...] 6. O princípio da necessária intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade **excepcional da lei outorgar o jus postulandi a outras pessoas**. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei 8.560/92, artigo 2º, § 4º) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. [...].¹⁴ (grifo nosso)*

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição, entendeu que o advogado pode ser dispensado, **mas por lei**.

Assim foi sua decisão por ocasião da criação dos Juizados Federais:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. LEI 10.259/2001, ART. 10. DISPENSABILIDADE DE ADVOGADO NAS CAUSAS CÍVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA DE ADVOGADO NAS CAUSAS CRIMINAIS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI 9.099/1995. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. É constitucional o art. 10 da Lei 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou

¹² Supremo Tribunal Federal AI 152.676-AgR.

¹³ Supremo Tribunal Federal AO 1.531-AgR.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal RE 248869.

*o entendimento de que a **imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais**. Precedentes. Perante os juizados especiais federais, em processos de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (art. 3º da Lei 10.259/2001) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/1995. [...].¹⁵ (grifo nosso)*

Concordando-se ou não com o Supremo Tribunal Federal, é necessário que se curve perante a sua orientação, pois a Constituição é o que o Supremo diz que é.

Dessa forma a regra é: o advogado é **indispensável**, salvo, se a **lei o dispensar**. Aqui se entenda **lei no sentido formal**, ou seja, ato oriundo do Congresso Nacional, pois tais questões são de competência legislativa da União.

No caso dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Estadual há tal dispensa prevista na Lei 9.099/1995: “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”.

O mesmo se dá com os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal: “Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não”.¹⁶

Contudo, a **Lei 12.153/2009**, a qual criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública, **não tem regra semelhante**, guardando um **silêncio eloquente** a esse respeito, o qual, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal significa que o advogado é indispensável nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, seja em que valor for, seja representando a Fazenda ou o particular.

A Lei 12.153/2009 criou um novo juizado, por isso, assim como a lei do Juizado Federal, **deveria expressamente dispensar advogado** se o Legislador o achasse conveniente, o que não ocorreu. Lembremos os brocardos ensinados por Carlos Maximiliano: “quando a lei quis determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio”¹⁷ e “interpretam-se as exceções estritissimamente”.¹⁸

Salientamos, desde já, que o fato de o parágrafo único do art. 1º da Lei 12.153/2009 falar em um “Sistema dos Juizados Especiais” não autoriza que se desconsidere a Constituição da República, a qual exige a presença de advogado em juízo, salvo se houver expressa disposição legal dispensando-o, como entende o Supremo Tribunal Federal.

Igualmente uma interpretação extremamente larga do art. 27 da Lei 12.153/2009 não pode chegar ao ponto de revogar a Constituição ou contrariar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.¹⁹

Nesse sentido é o ensinamento de Celso Bastos, o qual demonstra que não se pode usar o art. 27 da Lei 12.153/2009 para interpretar o art. 133 da Constituição da República:

15 Supremo Tribunal Federal ADI 3168. Nesse sentido: AI 461490 ED.

16 Vide também Supremo Tribunal Federal ADI 3.168.

17 *Ubi Lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pág. 198.

18 *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*. Obra citada, pág. 183.

19 O entendimento de Humberto Theodoro Júnior é no sentido da aplicação subsidiária dispensando o advogado com base no mencionado art. 27 (Os Juizados Especiais da Fazenda Pública. <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/pal022010.pdf>, pág. 07, Acesso no dia 13 de agosto de 2010.).

*[...] É lógico que a regra é que a Constituição não pode ser interpretada a partir da legislação infraconstitucional. Trata-se de particularidade própria da Lei Maior o não poder ela tomar por referencial interpretativo outras normas do sistema. Tal fenômeno deflui do seu caráter inicial e inovador. [...]*²⁰ (grifo nosso)

Ricardo Chimenti, embora reconheça que a Lei 12.153/2009 nada diz sobre dispensa de advogado, discorda do nosso ponto de vista, contudo lemos em sua obra que “o juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado ‘quando a causa recomendar’”²¹, o que seria mais um motivo para se exigir advogado nas causas fazendárias, normalmente relacionadas a questões de alta complexidade jurídica.

Convém lembrar que hoje a situação é muito diversa da que existia nos tempos em que os primeiros juizados foram criados, pois hoje há uma verdadeira explosão de contendas, enquanto que antes havia o que se chamava de litigiosidade contida

Além disso, no Estado de São Paulo, a Defensoria Pública está cada vez mais presente e atuante e há convênios diversos que permitem aos carentes terem advogado.

Também, com a proliferação imensa e desmedida das faculdades de Direito, em cada família provavelmente há um advogado ou um amigo que o seja, de forma que o que antes talvez justificasse a dispensa do advogado hoje não mais se justifica.

Por fim, a Constituição Paulista não deixa dúvidas de que apenas os Procuradores do Estado podem representar a Fazenda Pública Estadual em juízo:

Artigo 99 - São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado:

I - representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/4/2004.) (grifo nosso)²²

Tal regra se aplica aos municípios paulistas, como veremos abaixo, e o fato de tais Fazendas terem sempre de ser representadas por seus procuradores força naturalmente a outra parte a se fazer representar por advogado.

Disso tudo se conclui que é inconstitucional o art. 23, §2º, do Provimento 07 do Conselho Nacional de Justiça quando dispensa advogado sem amparo legal:

Art. 23 § 2º O Estado, os Municípios, suas autarquias, funda-

20 BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra. “Comentários à Constituição do Brasil Promulgada em 05 de Outubro de 1988.” São Paulo, Saraiva, 1988, Vol. I, p. 349 e 350.

21 Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46.

22 Assim também é a posição da melhor doutrina: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 690 e 691; MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 574; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 981/982; ARAÚJO, Edimir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1283 e 1284; e MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 398.

*ções e empresas públicas poderão designar para a audiência cível de causa de até 60 salários mínimos, por escrito, representantes com poderes para conciliar, transigir ou desistir nos processos de competência dos Juizados Especiais, **advogados ou não.** (grifo nosso)*

2. Da indisponibilidade do interesse público

O Direito Público tem inúmeras peculiaridades que não permitem a aplicação de sistemas de Direito Privado sem as devidas adaptações, podendo-se dizer que “as aves que aqui gorjeiam não gorjeiam como lá”, assim, enquanto no Direito Privado a regra é a disponibilidade, no Direito Público é exatamente o contrário, o que ocorre em várias circunstâncias.

Nada há na Lei 12.153/2009 que autorize uma interpretação no sentido de que nos feitos a ela relacionadas o princípio da indisponibilidade do interesse público não se aplica e se houvesse seria inconstitucional. Como todos os bens e interesses públicos são do povo, aqueles que agem em seu nome, seja do Poder Legislativo, seja do Judiciário, seja do Executivo, não podem dispor do que não lhes pertence.²³

A doutrina não deixa espaço para dúvidas com relação à aplicação desse princípio como ensina o professor Edmir Araújo:

[...] Como vimos, o Estado é o titular do interesse público e somente ele, enquanto síntese da coletividade, pode dele dispor, e assim mesmo só nas hipóteses e limites constitucionais e legais, com estrita observância do princípio da legalidade (restritividade). Isto quer dizer que aos agentes administrativos, no desempenho de suas funções, não é lícito dispor desse interesse ou fazer prevalecer seu próprio interesse ou sua vontade psicológica, porque do interesse público os agentes da Administração só detêm a guarda, e não a titularidade. [...] Na realidade, como os interesses públicos da Administração não se acham entregues à livre disposição do administrador, o que decorre com relação a tais valores não é simples poder, mas dever, obrigação para o agente deles curar, objetivando o cumprimento da finalidade pública, como efeito da existência do interesse público do qual é parâmetro. A consequência imediata da indisponibilidade é que os direitos concernentes a interesses públicos são em princípio inalienáveis, impenhoráveis, intransigíveis, intransferíveis a particulares, ou, em uma palavra: indisponíveis. [...]”²⁴

O princípio da indisponibilidade é geral para todas as áreas do Direito Administrativo, decorrendo diretamente do princípio (informativo) da supremacia do interesse público, e, dada sua

23 Em sentido contrário, na sua obra sobre Juizado, Ricardo Chimenti adota a seguinte posição: “As questões que podem ser submetidas a acordos junto aos Juizados Federais e aos Juizados da Fazenda Pública não se caracterizam como direitos indisponíveis. Por isso, a ausência da entidade regularmente citada poderá implicar os efeitos da revelia, salvo se do contrário resultar a convicção do juiz.” (Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. Obra citada, pág. 173)

24 Grifo no original na palavra “indisponíveis”.

estreita simetria com a necessária finalidade pública dos atos da Administração, também é, por vezes, denominado de princípio da finalidade pública.²⁵ (grifo nosso)

A Constituição Paulista, por sua vez, deixa explícito tal princípio na atuação da Fazenda Pública em juízo:

*Art. 98 - A Procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos **princípios** da legalidade e da **indisponibilidade do interesse público**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 14/4/2004.) (grifo nosso)*

Essa regra constitucional paulista aplica-se não apenas ao Estado de São Paulo, mas também aos seus municípios, por força do que dispõe a Constituição da República:

*Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, **atendidos os princípios estabelecidos** nesta Constituição, **na Constituição do respectivo Estado** e os seguintes preceitos: [...] (grifo nosso)*

Portanto, a atuação dos municípios paulistas em juízo rege-se pela regra da indisponibilidade do interesse público.

Tal não significa que a Administração Pública não possa fazer acordos, mas apenas por lei tais acordos podem ser autorizados, não sendo cabível uma autorização genérica, posto que, como visto acima, não se concebe uma discricionariedade total e ilimitada, devendo a lei dizer em que casos cabem acordos e quais são os seus limites.

Assim ensina Diógenes Gasparini:

*A representação da Fazenda Pública em juízo é feita por seus procuradores. [...] Ambos, no entanto, necessitam de poderes especiais, **outorgados por lei, para confessar, transigir, desistir ou renunciar, dado que a prática de tais excedem os meros poderes da representação judicial** (RDA, 128:178). Assim é em razão do **princípio da indisponibilidade dos bens, interesses e direitos da Administração Pública**.²⁶ (grifo nosso)*

O Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados ressaltou o princípio da

25 ARAÚJO, Edmir Netto de. Obra citada, pág. 74/75. No mesmo sentido, para citar apenas alguns: GASPARINI, Diógenes. Obra citada, pág. 18; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 4ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2007, pág. 82; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, pág. 84.

26 GASPARINI, Diógenes. Obra citada, pág. 981/982.

indisponibilidade do interesse público,²⁷ mas a seguinte ementa precisa ser mais bem analisada:

EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. *Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à utilização deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.*²⁸

No voto,²⁹ lê-se o seguinte:

(...) Quanto à necessidade de autorização legislativa para formalização da transação, expressa no pensamento, sempre respeitado, de Hely Lopes Meyrelles – fls. 602-TJ - tornar-se-á ela necessária apenas e quando se ‘tais atos importarem renúncia de direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias para o Município.’

Ora, no caso, como o salienta, com lucidez, a douda PGJ:

‘O acordo celebrado não é oneroso e nem gera gravame patrimonial ao município, sendo despicienda autorização legislativa para tanto. Não é o caso de comprometimento de bens, afetação de verbas, criação de cargo novo ou inusitado aumento de despesas. É mero ressarcimento decorrente de sua responsabilidade administrativa. É pagamento de salário, pois, com caráter alimentar, reconhecido como indevidamente retido’ – Fls. 648-TJ.

Daí e da leitura do acórdão conclui-se que no caso concreto se tratava de salário indevidamente retido e percebe-se que acordos conformes ao interesse público poderão ser formalizados sem lei prévia autorizativa para reconhecer ilegalidades cometidas pela administração, tendo em vista o princípio da autotutela, mas apenas se:

1. O acordo não importar em renúncia de direitos da Fazenda;
2. O acordo não importar em alienação de bens da Fazenda;
3. O acordo não importar em assunção de obrigações extraordinárias para a Fazenda;

27 A título de exemplo: Supremo Tribunal Federal AI 579210 AgR; AI 526787 AgR; RE 100925. No Superior Tribunal de Justiça: MS 8.928/DF; REsp 604.264/RN; REsp 811.530/RN; REsp 648.954/SP; RMS 15.166/BA; REsp 45.390/SP; REsp 39.020/SP; REsp 38.245/SP; e REsp 19.975/SP; REsp 50.616/SP.

28 Supremo Tribunal Federal: RE 253885.

29 <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322>. Acesso dia 15.08.2010.

4. O acordo não for oneroso para a Fazenda; e
5. O acordo não gerar gravame patrimonial para a Fazenda.

Difícilmente quaisquer dessas hipóteses ocorrerão em um processo, razão de ser quase sempre necessária lei prévia para autorizar acordos.

Para o advogado público, a não aplicação desse princípio seria um risco insuportável, pois ele responde por seus atos perante a Administração, o Tribunal de Contas, o Ministério Público, o Judiciário e a sociedade, podendo seu ato ser interpretado como improbidade administrativa ou crime.³⁰

Para os Juizados Fazendários, o princípio da indisponibilidade do interesse público tem várias implicações de ordem processual, como passamos a analisar.

3. Implicações processuais do princípio da indisponibilidade nos Juizados Fazendários

3.1 Audiência prévia de conciliação

A audiência prévia de conciliação só tem sentido se houver certeza de que naquele caso haja permissão legal para transação. O ideal será consultar no despacho inicial se há autorização legal para conciliação no caso, salvo se o juiz já souber que há, caso em que ele deve indicar a fonte dessa ciência no despacho.

Em havendo tal possibilidade, a tentativa de conciliação deverá ser feita, mesmo que momentos antes da instrução, o que já era possível antes da Lei 12.153/2009, por força do art. 125, IV, do Código de Processo Civil.³¹

3.2 Revelia

Como supramencionado, os direitos da Fazenda são, sim, indisponíveis e a ela não se aplica a regra da revelia por força do princípio em si e tendo em vista o disposto no art. 27 da Lei 12.153/2009 combinado com os arts. 319 e 320 do Código de Processo Civil:

Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: [...]

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; [...]
(grifo nosso)

Nesse sentido é a doutrina³² e a jurisprudência:

[...] FAZENDA PÚBLICA – DIREITOS INDISPONÍVEIS – INAPLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA [...] 1. Não se aplicam os efeitos da revelia contra a Fazenda Pública uma

30 Vide Lei 8.429/1992, artigos 10 e 11 e Código Penal, artigos 312 e seguintes.

31 Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) [...]

32 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8ª edição. São Paulo: Dialética, 2010, p. 97/98; GASPARINI, Diógenes. Obra citada, p. 982. NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDOLI, Luis G. A.. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. 42ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, nota 8 ao art. 302 do C. P. C., p. 420

vez que indisponíveis os interesses em jogo. [...] Agravo regimental improvido.³³ (grifo nosso)

Mesmo se for caso de intempestividade:

[...] 1. Consoante jurisprudência do STJ, ainda que a contestação apresentada pela Fazenda Pública tenha sido reputada intempestiva, diante de direitos indisponíveis do ente estatal, os fatos da causa não comportam confissão, tampouco estão sujeitos aos efeitos da revelia. [...] ³⁴(grifo nosso)

Igualmente, não se aplica à Fazenda a regra da impugnação específica por força do princípio da indisponibilidade³⁵ e tendo em vista o disposto no art. 27 da Lei 12.153/2009 combinado com 302 do Código de Processo Civil:

***Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:
I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão; [...] (grifo nosso)***

3.3 Confissão

A confissão não é admissível porque só pode confessar quem pode dispor, por isso também a pena de confesso em depoimento pessoal no caso da Fazenda Pública é inaplicável,³⁶ como já decidiu a jurisprudência:

[...] 9. Na hipótese de não interposição de embargos, com a conseqüente conversão do mandado de pagamento em título executivo, comungo do entendimento que defende a possibilidade de, nos casos em que a Fazenda figurar no pólo passivo da demanda, haver reapreciação da decisão pelo Tribunal. Assim, resguardadas estarão as prerrogativas do Estado de que contra ele não prevalece a regra da confissão ficta e a incidência dos efeitos da revelia, por se tratar de direito indisponível (art. 320, II, do CPC). 10. Precedentes desta Corte Superior. 11. Recurso especial não provido.³⁷

Há julgados admitindo a formação de título executivo em monitoria por

33 Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1137177/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 02/03/2010. Nesse sentido: REsp 635.996/SP; REsp 541.239/DF; REsp 541.239/DF; REsp 969.472/PR; REsp 967.157/PR; REsp 927.824/PR; REsp 919.528/PR; REsp 866.203/PR; REsp 687.173/PB; REsp 434.571/SP; REsp 96.691/PR; REsp 603.799/RS; REsp 631.773/RO; REsp 252.875/SP; REsp 596.981/SP; REsp 281.483/RJ; REsp 215.526/MA; e EDcl no REsp 13.851/SP.

34 Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 817.402/AL; e REsp 1033295/MG.

35 Contra, aplicando tal princípio: Superior Tribunal de Justiça: REsp 635.996/SP.

36 Código de Processo Civil: Art. 343. Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento. § 1º A parte será intimada pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor. § 2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.

37 Superior Tribunal de Justiça: REsp 631.773/RO. Vide ainda REsp 281.483/RJ; REsp 927.824/PR; REsp 919.528/PR; REsp 866.203/PR; REsp 687.173/PB; REsp 434.571/SP; REsp 603.799/RS; REsp 631.773/RO; REsp 252.875/SP; REsp 596.981/SP; REsp 281.483/RJ; e REsp 215.526/MA.

falta de embargos por parte da Fazenda Pública³⁸ e a Súmula 339 do Superior Tribunal de Justiça afirma que “É cabível ação monitória contra a Fazenda Pública”, contudo, a maioria da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é contrária a qualquer tipo de confissão ficta contra a Fazenda Pública devido ao princípio da indisponibilidade do interesse público.³⁹

3.4 Presunções fictas

O ato administrativo tem presunção de legalidade e veracidade, o que afasta qualquer tipo de presunção ficta contra a Fazenda Pública, como ensina Di Pietro:

*Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações diferentes. A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, **presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.** A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, **presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração.** Assim ocorre com relação as certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecido, todos dotados de fé pública. (grifo no original).⁴⁰*

Da mesma forma, segue a jurisprudência:

[...] 2. O ato administrativo goza da presunção de legalidade que, para ser afastada, requer a produção de prova inequívoca cujo valor probatório não pode ter sido produzido unilateralmente - pelo interessado. Agravo regimental improvido.⁴¹

Em virtude desse atributo do ato administrativo, todas as presunções que valem para o particular não valem para a Fazenda Pública, inclusive a prevista no art. 359 do Código de Processo Civil:

*Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:
I - se o requerido não efetuar a exibição nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;
II - se a recusa for havida por ilegítima.*

Nesse caso, além da busca e apreensão com ordem de arrombamento, o juiz

38 Superior Tribunal de Justiça: REsp 687.173/PB; e REsp 434.571/SP.

39 Superior Tribunal de Justiça: REsp 631.773/RO; REsp 281.483/RJ; REsp 197.605/MG; REsp 113.036/SP; REsp 113.648/RS; REsp 111.457/SP; REsp 107.357/MG; REsp 107.463/SC; REsp 97.292/PR; REsp 90.139/BA; REsp 90.198/SC; REsp 90.180/RS; RMS 6.727/SP; e REsp 78.288/AM; REsp 345.752/MG.

40 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, pág. 208. No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. Obra citada, pág. 131 e 142 e ARAÚJO, Edimir Netto. Obra citada, p. 477.

41 Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1137177/SP.

poderá mandar instaurar as providências criminais e administrativas cabíveis pela atitude injustificada da autoridade, sem prejuízo da apuração de eventual improbidade administrativa. Mas não se deve aplicar presunção e muito menos multa diária, pois nesse caso quem paga é o contribuinte, inclusive o próprio autor da ação, razão de não fazer sentido multa diária contra a Fazenda Pública.

3.5 Inversão do ônus da prova

A presunção de veracidade e legalidade é relativa,⁴² ou seja, admite prova em contrário, mas ela inverte o ônus da prova em favor da Fazenda Pública, como doutrina Hely Lopes Meirelles:

*Outra consequência da presunção de legitimidade é a **transfereência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca**. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, **a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante**, e até sua anulação o ato tem plena eficácia.⁴³ (grifo nosso)*

O Código de Defesa do Consumidor não se aplica às relações com a Fazenda Pública porque nelas não há uma relação de consumo, mesmo quando a Fazenda prestar serviços, mas sim uma relação de império do Estado sobre os seus súditos.⁴⁴

Tal Código, contudo, aplica-se às empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, bem como às empresas privadas que prestam serviços delegados do Poder Público de natureza de exploração de atividade econômica, os quais se submetem ao regime privado, com derrogações, na forma do art. 173, § 1º, da Constituição da República.⁴⁵

No máximo seria aplicável, conforme o caso, a Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas, mencionada pelo Desembargador Antônio Janyr Dall' Agnol Júnior,⁴⁶ o qual ensina que Jorge W. Peyrano, mestre argentino, afirmou que, pela Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas, o ônus da prova deve ser de quem, pelas circunstâncias do caso, se encontre em melhores condições para produzir a prova respectiva, independentemente de considerações a respeito de essa pessoa ser o autor ou o réu.

4. Outras questões

4.1. Rito

4.1.1 Da existência ou não de opção

42 MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. Obra citada, pág. 88; MEDAUAR, Odete. Obra citada, pág. 131; MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, pág. p. 154.

43 MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, pág. 154

44 Conforme: Superior Tribunal de Justiça: REsp 904.651/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 18/02/2009 REsp 904.651/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 18/02/2009

45 Art. 173. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifo nosso)

46 *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 788: 92-107, jun/2001.

O rito da Lei 12.153/2009 não será futuramente opcional, como deixa claro a própria lei: “Art. 2º. § 4º **No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.**” (grifo nosso)

O autor do presente fica satisfeito com a possibilidade de simplificação para a qual essa lei acena, como entusiasta e participante ativo do Sistema de Juizados, pois aqui se aplicou, pelo menos parcialmente, um sonho externado em artigo escrito em 2005, com o exagero natural do entusiasmo:

*Que tal uma 9.099 para tudo?
Poderíamos ter uma lei que dissesse mais ou menos o seguinte:
“Art. 1º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. Art. 2º Revogam-se as disposições em contrário, em especial o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, bem como a legislação processual esparsa”. Observo que o art. 1º sugerido é hoje o art. 2º da Lei 9.099.⁴⁷*

Voltando ao assunto, entendemos que o mencionado Art. 2º. § 4º da Lei 12.153/2009 deve ser interpretado com cautela, merecendo ser repetido: “Art. 2º. § 4º **No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.**” (grifo nosso)

Ora, lendo-se o dispositivo ao contrário conclui-se que no foro onde não estiver instalado o Juizado a competência não seria absoluta, como ocorre hoje com as varas que atuam com o rito do Juizado por designação.

O dispositivo se refere a um momento futuro para esses locais, o qual já é presente na Capital deste Estado. Com efeito, na Capital já há Juizado instalado e a competência dele é absoluta, não podendo o autor da ação pertinente ao Juizado propô-la fora dele. Mas, fora da Capital não há Juizado, o que há é a possibilidade de um rito especial, o qual poderá ser aplicado a partir da vigência da Lei 12.153/2009.

Disso tudo se conclui que enquanto o juizado não estiver instalado é opção do autor da ação o rito a se seguir:⁴⁸ o do Código de Processo Civil, com recurso para o E. Tribunal de Justiça do Estado, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal ou o do Juizado, com recurso para o Colégio Recursal e o Supremo Tribunal Federal, sem recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça.⁴⁹

4.1.2 Dos processos em curso quando do início da vigência da Lei 12.153/2009 – Do princípio da reserva legal

A lei não diz o que fazer com os processos em andamento no momento anterior à instalação do Juizado, por isso devemos nos socorrer da Constituição da

47 FAIM Filho, Eurípedes Gomes. “De Tartarugas, Reformas, Greves e Varas Novas”. http://www.amb.com.br/portal/index2.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=1036. Acesso no dia 13 de agosto de 2010.

48 Interpretando o art. 3º, § 3º, da Lei 10.259/2001, de redação idêntica ao artigo 2º mencionado, Theotônio Negrão também reconhece a opção (Obra citada, nota 10 ao art. 3º, § 3º, da Lei 10.259/2001, p. 1490. Ricardo Chimenti em sua palestra na Apamagis supra mencionada também o reconhece.

49 Súmula 203 do Superior Tribunal de Justiça: Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.

República, onde encontramos a resposta: “Art. 5º. [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]” (grifo nosso)

Lei aí se entende no sentido formal, ou seja, norma proveniente do Poder Legislativo, como afirma o Supremo Tribunal Federal:

O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra legem ou praeter legem, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)’. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, v. g.).⁵⁰ (grifo nosso)

Nesse sentido doutrina Manoel Ferreira:

*Em princípio, como é sabido, o regulamento não pode criar ou extinguir obrigações, não pode nem mesmo suspendê-las ou adiá-las, como não amplia nem restringe direitos. Por outro lado, se costuma ensinar que, **no que for além da lei, não obriga; no que for contra lei, não prevalece**. À luz desse ensinamento, que é o clássico, o regulamento praeter legem não obriga. Deve-se observar, todavia, que a doutrina e a jurisprudência o têm admitido como válido, desde que se fundamente em competência constitucionalmente conferida.” (grifo nosso)⁵¹*

Como a Lei 12.153/2009 não diz como proceder nesses casos não poderia o Provimento 7/2010 do Conselho Nacional de Justiça, ato normativo administrativo, fazê-lo como o fez na regra seguinte:

Art. 22 Parágrafo único. A partir da vigência da lei n. 12.153/2009, o cumprimento da sentença ou acórdão proferido na justiça ordinária em processo distribuído antes de sua vigência, mas cujo rito seja compatível com aquele previsto no seu art. 13, adotará o procedimento nele estabelecido. (grifo nosso)

⁵⁰ AC 1.033-AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-5-2006, Plenário, DJ de 16-6-2006.

⁵¹ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 283

Para demonstrar melhor isso, torna-se conveniente discutir o princípio da reserva legal em matéria processual.

Araújo e Nunes, tratando do princípio da reserva legal, dizem:

*O princípio em pauta tem por objetivo indicar que algumas matérias, por estarem reservadas ao trato da lei em sentido formal, não podem ser disciplinadas por medida provisória ou lei delegada, exigindo, assim, a prévia aprovação pelo Poder Legislativo.*⁵²

Como se vê, as matérias indelegáveis reservadas ao Poder Legislativo só podem ser objeto de lei no sentido formal e a Constituição da República afirma quando trata de lei delegada:

Art. 68. § 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: [...] II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; [...] (grifo nosso)

Entre os direitos individuais a Constituição da República elenca no art. 5º o direito ao devido processo legal: “Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]” (grifo nosso)

114

José Afonso da Silva ensina:

O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e ‘quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica’. (em itálico, grifos no original, em negrito, grifo nosso)⁵³

Portanto, as regras pertinentes a processo devem ser estabelecidas por lei formal, sendo incabível delegação.

A confirmar esse ponto de vista, pode-se perceber que o Constituinte Derivado excluiu da medida provisória a possibilidade de regulamentação de normas processuais:

52 ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 136

53 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 431-432

Art. 62 § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

I - relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (grifo nosso)

Mais uma vez, no silêncio da Lei 12.153/2009 ou de lei em sentido formal não se pode mudar o rito de processos em curso.

4.2. Valor além do permitido e complexidade

O valor não é óbice para o processamento pelo rito do juizado, pois, se passar do valor, salvo no caso de prestações vincendas, entende-se que houve desistência do excedente com base no art. 27 da Lei 12.153/09 c.c. o art. 3º, §3º, da 9.099/95.

A complexidade que deve ser considerada é a fática e não a jurídica.

Assim, por exemplo, questões relacionadas à saúde não devem ser permitidas, posto que necessitam de perícia para prova da doença e da necessidade do tratamento pedido, além de prova da carência econômica e análise do Princípio da Reserva do Possível, com complexas questões de ordem orçamentária e de Direito Financeiro. Convém lembrar ainda que os tratamentos são por tempo indeterminado, não se podendo dizer a priori que sejam de valor adequado ao Juizado.

4.3. Custas iniciais e despesas processuais

Não há custas iniciais, ou qualquer tipo de despesa, inclusive diligência do oficial de justiça com base no art. 27 da Lei 12.153/09 c.c. o art. 54 da 9.099/95, independentemente de ser Justiça Gratuita, só havendo custas em caso de recurso, bem como condenação em honorários somente em caso de recurso em que o recorrente for vencido com base no art. 27 da Lei 12.153/09 c.c. o art. 55 da 9.099/95. Já na execução as custas seguem a regra do art. 55, parágrafo único, da lei 9.099/95 c. c. o art. 27 da Lei 12.153/09.

A Fazenda Pública, em qualquer situação, não terá que pagar custas, posto que se trata de tributo denominado taxa, ao qual se aplica a imunidade recíproca, imunidade essa que não se limita a impostos no caso da Fazenda, pois, do contrário, seria uma tributação autofágica.

Mas terá que pagar nos termos das súmulas do Superior Tribunal de Justiça e quando cabível: honorários de perito (Súmula 232); honorários de advogado (Súmula 279); e diligência de oficial de Justiça (Súmula 190), claro que quando tais verbas couberem a ela pagar, caso contrário, se for a situação dos autos, deverão ser arcadas pelo autor da demanda, não sendo ele beneficiário da Justiça Gratuita.

4.4. Citação

A citação das Fazendas será feita seguindo-se as regras do Código de Processo Civil, como determina o art. 6º da Lei 12.153/2009.

Contudo, a vedação ao uso da carta precatória prevista no art. 25 do Pro-

vimento 7, do Conselho Nacional de Justiça, só será aplicável se forem comarcas contíguas, na forma da Resolução nº 93/1995 do Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pois se não forem não será viável a não utilização da carta precatória em virtude do disposto no art. 222, “c”, do Código de Processo Civil: **“Art. 222. A citação será feita pelo correio, para qualquer comarca do País, exceto: (Redação dada pela Lei nº 8.710, de 24.9.1993) [...] c) quando for ré pessoa de direito público; (Incluído pela Lei nº 8.710, de 24.9.1993) [...]”** (grifo nosso).

Nesse caso, a única forma de citação viável será a precatória, não podendo o Provimento, norma administrativa, se sobrepor à Lei, norma de natureza superior.

Se não for caso de marcar audiência de conciliação o juiz deve conceder prazo para contestação, sendo razoável o prazo de trinta dias, pois esse seria o normal caso a audiência ocorresse.

A citação por meio eletrônico prevista no art. 221, IV, do Código de Processo Civil, poderá ser usada quando implantada, por força do disposto no art. 27 da Lei 12.153/2009.

4.5. Conciliadores e juízes leigos

O autor do presente sempre acreditou nas virtudes da conciliação, tanto que em 1997, junto com os magistrados vicentinos, organizou um dos primeiros, ou, talvez, o primeiro curso para conciliadores, logo seguido de mais um curso, tamanha a procura que houve.

Naquela época também o autor escreveu um singelo manual do conciliador,⁵⁴ o qual, para honra do autor, ainda é mencionado até hoje no site do Tribunal de Justiça do Acre.⁵⁵

Já em junho de 2009, quando estávamos na diretoria do Fórum local, criamos, com o apoio dos colegas e da Prefeitura, um Centro de Conciliação e Mediação, capitaneado pela magistrada Fernanda Souza Pereira de Lima Carvalho. Essa diligente magistrada, com o apoio da diretoria do Fórum e da Escola Paulista da Magistratura, realizou aqui um curso de mediação, cujo sucesso foi estrondoso.

No caso do Juizado Fazendário, a preocupação com o treinamento constante dos conciliadores se multiplica e muito, posto que as questões aqui discutidas são de elevada complexidade jurídica, sendo de todos sabido que as matérias fazendárias não são as favoritas da média dos estudantes.

A instituição de juiz leigo, por outro lado, seria muito bem-vinda, podendo-se até adaptar aqui a figura do “*senior judge*” utilizada nos Estados Unidos da América, mas com o incentivo à participação de magistrados e outros juristas aposentados, cuja experiência deve ser mais bem aproveitada.

Sabidamente o Provimento 7, do Conselho Nacional de Justiça, prevê justa remuneração a esses trabalhadores, o que deve ser implantado por lei estadual.

4.6. Uniformização de jurisprudência

Theotônio Negrão já alerta que esse instituto, previsto também no Código de Processo Civil, não tem o poder de vincular os julgamentos futuros, sendo

54 FAIM Filho, Eurípedes Gomes. “Manual do Conciliador do Juizado Especial Cível”. In “Caderno de Doutrina” de “A Tribuna da Magistratura”, São Paulo: APAMAGIS, novembro/dezembro de 1997, pág. 265 a 272; e In SPODE, Guinther (Coordenador). “Juizados Especiais – Cíveis e Criminais”. Caxias do Sul, Plenum, 1999, publicação em CD-ROM.

55 http://www.tj.ac.gov.br/downloads/pdf/TJAC_Manual_do_Conciliador.pdf Acesso dia 15.08.2010.

apenas indicativo para o juiz, mas não tendo a mesma força da lei, da súmula vinculante ou de precedente vinculante.⁵⁶

Sendo assim, ao autor do presente parece que esse instituto teria escassa utilidade e seria, na verdade, contrário ao princípio da celeridade na forma como proposto pela lei, posto que poderá causar sobrestamentos por tempo indeterminado, sendo talvez mais um recurso num sistema judicial já lotado deles.

Sua aplicação prática, num tribunal gigantesco como o paulista, será, sem dúvida, no mínimo penosa.

O § 6º do art. 19 da Lei 12.153/2009 dá a impressão de criar uma vinculação com os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

*Art. § 6º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 1º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que **poderão** exercer juízo de retratação ou os declararão prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça. (grifo nosso)*

A expressão “poderão”, como se vê, demonstra que não há mesmo vinculação, posto que, mesmo se houver uma tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, a turma recursal tem a opção de julgar de forma diversa.

A vinculação do magistrado é somente com a Constituição e com a lei constitucional, sendo necessária emenda constitucional para dispor de forma diversa, como ocorreu com os precedentes vinculantes das ações diretas relativas à constitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal, bem como com a súmula vinculante, o que já reconheceu o Supremo Tribunal Federal:

*[...] É que a independência judicial constitui exigência política destinada a conferir, ao magistrado, plena liberdade decisória no julgamento das causas a ele submetidas, em ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do “*officium iudicis*”, sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis. A independência judicial - que tem, no art. 41 da LOMAN, um de seus instrumentos de proteção - traduz, no Estado democrático de direito, condição indispensável à preservação das liberdades fundamentais, pois, **sem juízes independentes, não há sociedades nem instituições livres.**” (Inq 2699 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 12/3/2009, DJe-084 DIVULG 7/5/2009 PUBLIC 8/5/2009 EMENT VOL-02.359-01 PP-136 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 469-479) (grifo nosso)*

Há ainda uma hipótese de atuação da uniformização prevista no art. 18 do Provimento 7, do Conselho Nacional de Justiça, que diz:

Art. 18. A Turma de Uniformização poderá responder a consulta, sem efeito suspensivo, formulada por mais de um terço das Turmas Recursais, ou dos juízes singulares a ela submetidos,

56 NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luís G. A.. Obra citada, nota 1 ao art. 476 do C. P. C., p. 555.

na respectiva unidade da federação, sobre matéria processual, quando verificada divergência no processamento dos feitos.

Esse artigo seria inconstitucional por contrariar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual afirma que o Judiciário não é e não pode ser órgão de consulta:

Já decidiu o Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.057-MC-ED (Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 6-4-2001), que 'são insuscetíveis de apreciação quaisquer petições recursais que veiculem consulta dirigida aos órgãos do Poder Judiciário, eis que postulações dessa natureza refogem ao domínio de atuação institucional dos Tribunais e revelam-se incompatíveis com a própria essência da atividade jurisdicional'.⁵⁷ (grifo nosso)

Em que pese os possíveis benefícios da uniformização, volta a mesma questão: consultar com que utilidade, sabendo-se que não há vinculação?⁵⁸

4.7. Aplicação de legislação subsidiária

A preferência de aplicação subsidiária deve ser por lei do Sistema dos Juizados ao invés do Código de Processo Civil, que é lei fora de tal sistema.

Qual lei aplicar subsidiariamente dependerá do caso concreto, não se devendo presumir que a lei mais nova seja melhor que a lei mais velha porque não há garantias nesse sentido. Como tudo na vida, as civilizações também decaem, razão de o mais novo não ser necessariamente melhor que o mais velho e vice-versa.

Conclusões

Deste estudo podemos listar as seguintes conclusões:

1. Nos processos regidos pela Lei 12.153/2009, o advogado é indispensável, por isso é inconstitucional o art. 23, § 2º, do Provimento 7/2010 do CNJ;
2. Em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público, as seguintes regras são aplicáveis aos feitos que seguirem o rito da Lei 12.153/2009:
 - a) Os acordos só são possíveis se os procuradores da Fazenda tiverem prévia autorização legal, salvo se o acordo: I - não importar em renúncia de direitos da Fazenda; II - não importar em alienação de bens da Fazenda; III - não importar em assunção de obrigações extraordinárias para a Fazenda; IV - não for oneroso para a Fazenda; e V - não gerar gravame patrimonial para a Fazenda;
 - b) A audiência prévia de conciliação só se realizará se o juiz tiver ciência da existência de lei autorizando acordo no caso, ou sentir que há a presença de uma das exceções mencionadas no item "a";
 - c) Os efeitos da revelia não se aplicam à Fazenda Pública, mesmo no caso de intempestividade;
 - d) A confissão não se aplica à Fazenda Pública;
 - e) Nenhum tipo de presunção ficta se aplica contra a Fazenda Pública;

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal RE 435.691-ED. Nesse sentido: RE 434.640-ED.

⁵⁸ Contra, entendendo haver vinculação, vide Ricardo Chimenti em palestra na Apamagis supracitada.

f) A inversão do ônus da prova se opera em favor da Fazenda Pública, pois o ato administrativo tem presunção de legitimidade e veracidade, não se aplicando contra ela o Código de Defesa do Consumidor, mas podendo ser aplicada a Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas;

3. O rito da Lei 12.153/2009 é opção do autor, só sendo obrigatório nos locais onde estiver instalado o Juizado, mas não nas varas designadas para atuar antes disso;

4. Os processos em curso quando da entrada em vigência da Lei 12.153/2009 não sofrem alteração de rito ou competência, sendo inconstitucional o art. 22, parágrafo único do Provimento 7/2010 do CNJ por invadir matéria reservada à lei em sentido formal;

5. O pedido ter valor superior ao permitido não impede a ação, podendo ser interpretado como desistência do que sobejar, salvo quanto às prestações vincendas;

6. Ações de complexidade fática não podem tramitar no rito da Lei 12.153/2009, como ocorre, por exemplo, naquelas relacionadas ao direito à saúde;

7. As custas e despesas seguem as regras da Lei 9.099/1995;

8. As leis restritivas à concessão de providências cautelares e antecipatórias anteriores à Lei 12.153/2009 não se aplicam aos feitos por ela regidos;

9. A citação seguirá as regras do Código de Processo Civil;

10. A vedação ao uso de carta precatória prevista no art. 25 do Provimento 7, do Conselho Nacional de Justiça, só será aplicável se forem comarcas contíguas, na forma da Resolução 93/1995 do Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pois se não forem não será viável a não utilização da carta precatória em virtude do disposto no art. 222, "c", do Código de Processo Civil. O meio eletrônico, quando implantado, poderá ser utilizado;

11. Muita atenção deve ser dada na formação de conciliadores e juízes leigos devido à complexidade jurídica dos casos fazendários;

12. O incidente de uniformização de jurisprudência é de utilidade escassa;

13. O art. 18 do Provimento 7, do Conselho Nacional de Justiça, é inconstitucional;

14. A aplicação subsidiária de legislação deverá ser feita de acordo com as necessidades do caso concreto.